Número 37 – fevereiro/março/abril - 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES, ATIVIDADE REGULATÓRIA E CONFLITO NORMATIVO

Bruno Costa de Almeida
Bel. em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Premiado no VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras
(Prêmio Marcos Juruena Villela Souto).

1. Introdução

A instituição no Brasil de um modelo regulatório estruturado sobre a figura das Agências Reguladoras Independentes[1] é comumente enquadrada no contexto neoliberal de reformulação da atuação estatal. A forte presença do Estado brasileiro na economia, que se espraiava pela execução direta de serviços públicos, bem assim pelo desempenho de um sem-número de atividades econômicas ordinariamente relegadas à iniciativa privada, conduziria, inevitavelmente, a uma crise econômico-gerencial. O Estado não tinha mais condições de custear o funcionamento de tantas estruturas administrativas que se criavam para o atendimento dos interesses coletivos relevantes. Em poucas palavras, o Estado estava falido. Era preciso mudar.

À falência estatal, sucedeu a necessidade de reconsiderar o desenho da administração pública e —repensar o que deve caber ao Estado e o que deve caber à sociedade‖,[2]sobretudo à luz da noção de subsidiariedade. A proposta

1

Sobre a expressão largamente adotada pela doutrina, Alexandre Santos de Aragão adverte que a qualificação —Independente‖ atribuída às agências reguladoras deve ser entendida com temperamentos, já que em nenhum país em que foram instituídas as agências reguladoras são revestidas de verdadeira independência. O que se nota, em maior ou menor medida, é uma autonomia reforçada, dentro dos parâmetros fixados pela lei que as institui. (*As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes – Uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais, v. 786, São Paulo, abri/2001, p. 18)

2

Marcos Juruena Villela Souto, *Agências Reguladoras*. In *Direito Administrativo em Debate*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 181.

era que o Estado se concentrasse nas atividades verdadeiramente essenciais, de cuja execução não poderia se desincumbir, transferindo à iniciativa privada funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público, as quais permaneceriam sob a sua regulação.[3] Repensadas as funções do Estado, emergiu como medida salutar a readequação da estrutura necessária à sua execução. A máquina administrativa seria enxugada pela via da desestatização.

Em contrapartida à retração do Poder Público a uma atuação subsidiária, fazia-se necessário — ou melhor, imprescindível — criar um cenário favorável para o investimento. Sem a instituição de um modelo que blindasse o marco regulatório das repercussões de constantes mudanças de orientação política e que garantisse o conhecimento e previsibilidade das —regras do jogoǁ,[4] o capital privado, notadamente o estrangeiro, não seria atraído para o Brasil e o tiro sairia pela culatra. Num país em que as instituições tinham sua credibilidade frequentemente questionadas, a assunção do compromisso regulatório (*regulatory commitment*) representava não apenas um mero requisito, mas sim uma exigência inexorável para a atração de investimentos.[5]

No intuito de retirar o marco regulatório da zona de influência das paixões políticas, eliminando (ou, pelo menos, restringindo ao mínimo) os riscos associados ao processo político-eleitoral, optou-se pelo modelo de agência reguladora independente norte-americana. É certo que o conjunto de circunstâncias e o desenho institucional norte-americano no período seguinte ao *New Deal* não se assemelham ao cenário político, ideológico e econômico que conduziu à adoção, no Brasil, de um modelo inspirado no que fora adotado naquele país muitos anos antes.[6] De qualquer forma, como lucidamente anotou Joaquim B. Barbosa Gomes, —o que o direito comparado nos ensina é que o figurino institucional das agências está longe de constituir uma especificidade do direito norte-americano. Certo, teve ali o seu berço. Mas trata-se muito mais de uma evolução natural do Estado, da inelutável exigência de sua intervenção de maneira especializada e eficaz em setores-chave da vida econômica, em suma, uma decorrência natural do novo Estado de tipo intervencionista que se substituiu ao Estado abstencionista oitocentistaǁ.[7]

---

[3] Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 32.
[4] Marcos Juruena Villela Souto, Agências Reguladoras. In Direito Administrativo em Debate, 2004, p. 186.
[5] Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 268.
[6] Uma análise minuciosa das circunstâncias que levaram à adoção do modelo de agências reguladoras independentes nos EUA transcenderia aos propósitos deste trabalho. Para um estudo aprofundado do tema, sugere-se consulta à obra de Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, especialmente o capítulo 2.
[7] *Agências Reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*. In *Revista de Direto da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – Vol. XI Direito da Regulação* (Coord. Alexandre Santos de Aragão), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 120.

Se, por um lado, a descentralização social servia melhor aos propósitos de execução das atividades então devolvidas (total ou parcialmente) à iniciativa privada, por outro, a descentralização autárquica revelou maior aptidão em relação às atividades de regulação e de controle.[8] A figura das Agências Reguladoras Independentes, revestidas da roupagem jurídica de autarquias de regime especial,[9] atendia bem aos reclamos por um modelo capaz de assegurar o exercício eficiente da função reguladora.

A pedra angular deste regime especial seria representada pela *autonomia diferenciada* conferida às agências, que pode ser, em apertada síntese, analisadas sob três aspectos: (a) *autonomia administrativa reforçada*, caracterizada (i) pela independência técnica decisional em face da inadmissibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências e (ii) pela autonomia política e estabilidade temporária dos dirigentes;[10] (b) *autonomia financeira*, com a instituição legal de receitas e rubricas orçamentárias próprias e (c) *autonomia normativa*, necessária à regulação do respectivo setor.

Este tríplice reforço figurava como premissa elementar para o desempenho da regulação, conceito que agrega o exercício de uma série de funções e poderes administrativos,[11] tais como a *função normativa* (responsável pela normatização do setor), a *função executiva* (que compreende o exercício de funções administrativas típicas, como a concessão de autorizações *lato sensu*, atos de fiscalização e aplicação de sanções) e a *função judicante* (que envolve a solução de conflitos entre os operadores de um determinado segmento econômico). Das diferentes funções, a normativa é, induvidosamente, a mais expressiva[12] e, quiçá por esta razão, a que vem sendo alvo de questionamentos e controvérsias doutrinárias com maior frequência.

2. Poder Normativo *Amplo*

O poder normativo das agências independentes tem como pano de fundo um fenômeno mais amplo, vivenciado com maior intensidade nos Estados ligados à tradição jurídica romano-germânica, de desprestígio da lei formal e emergência da Constituição, em substituição daquela, como cerne da vinculação positiva da atuação administrativa, não agora à legalidade, mas sim à juridicidade.[13] Em decorrência da crise da lei formal, assistiu-se ao surgimento de uma variada gama de atos normativos editados por outras

[8] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 206.
[9] Esta é a expressão legal adotada no art.1º da Lei n. 9427/96 (ANEEL); no art. 7º da Lei nº 9.478/97(ANP); e no art. 1º da Lei nº 9.961/00 (ANS).
[10] Disciplinam o assunto os arts. 6º, 7º, 8º e 9º da Lei n. 9986/00.
[11] Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 316.
[12] Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, 2006, p. 259.
[13] Para um estudo mais completo do tema e compreensão dos motivos que conduziram à mudança do paradigma, conferir Gustavo Binenbojm, *Ob. Cit.*, 2006, p. 125 e sgts.

entidades, que não o Poder Legislativo.[14] Sob as lentes deste novo paradigma, é que o poder normativo das agências reguladoras deve ser visualizado, para ser compreendido em sua completude.

A conferência de poder normativo às agências reguladoras se dá por meio da técnica legislativa da deslegalização.[15] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, na esteira da doutrina de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, classifica as técnicas de delegação normativa em três espécies: *delegação receptícia*, *delegação remissiva* e *deslegalização*. Distinguindo uma da outra, o notável administrativista conceitua a última como ―a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la lo*i) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonance*)‖.[16]

O deslocamento do eixo normatizador dessas matérias, por deliberada vontade do Poder Legislativo, tem como justificativa primeira a necessidade de especialização do ente encarregado de discipliná-las. A complexidade social levou o Legislador a perceber que a regulamentação de algumas matérias exige o domínio de certos assuntos com uma profundidade e requinte que escapa ao conhecimento comum. À necessidade de descentralização normativa, considerada por alguns a ―razão de ser das entidades reguladoras independentes‖,[17] soma-se a conveniência de libertar a disciplina dessas matérias da morosidade do processo legislativo, ―até mesmo para evitar o grave inconveniente de cristalizaram-se na lei inúmeras decisões técnicas, tornando-as rapidamente obsoletas‖.[18]

Nessa ordem de ideias, a lei de criação de cada agência reguladora (lei deslegalizadora) deflagra a iniciativa do Legislador de, com o fim de alcançar uma maior eficiência na normatização de assuntos de inegável complexidade técnica e envoltos a frequentes evoluções tecnológicas, transferir a regulação do setor para uma entidade administrativa especializada.[19] Representa o poder

---

[14] A desmistificação da legalidade supõe a compreensão de que não há necessária vinculação dela à chamada _separação' dos poderes. Vale dizer: a legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo.‖ (Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 131).

[15] O fundamento do poder normativo das agências não é unânime. Discorda da deslegalização, Gustavo Binenbojm, *Ob.Cit*, 2006, p. 275 e Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 495. A propósito, merece ser registrado que no julgamento do RE 140.669/PE, o STF, por maioria, deixou assentado que os princípios da legalidade, do congelamento do grau hierárquico e da precedência da lei não impedem, salvo em matérias reservadas à lei (tributos e crimes), que se adote uma maior flexibilidade através da ―deslegalização ou degradação do grau hierárquico. Neste caso, uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos‖ (Pleno do STF, Rel. Ministro Ilmar Galvão, j. 02.12.98).

[16] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122.

[17] Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª ed., 2006, p. 380.

[18] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, 2003, p. 117.

[19] Tercio Sampaio Ferraz Junior enxerga no princípio da eficiência não somente a justificativa, mas também a limitação do poder normativo das agências reguladoras: ―Condicionada à previsão legal (legalidade em sentido de legitimação), a correspondente delegação (direta ao órgão) não se confunde nem com as delegações de fiel cumprimento nem com a lei delegada. Trata-se, como visto, de uma forma de delegação com base no princípio da eficiência e por este introduzida no ordenamento constitucional. Afinal, no caso de atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia

normativo conferido às agências independentes o instrumento legal colocado à sua disposição para, com agilidade e autonomia, normatizar a realidade social subjacente ao setor regulado.

Ao mesmo passo em que outorga poderes normativos às agências reguladoras, a lei deslegalizadora estabelece fins e valores que orientarão a atividade normativa deslegalizada, isto é, traça a lei a moldura cujo preenchimento é relegado à agência que ela institui.[20] Por indicar apenas os parâmetros e *standards* a serem observados, mas sem esmiuçar o conteúdo da norma regulatória, diz-se que a lei de criação de uma agência reguladora materializa uma lei de ―baixa densidade normativall.[21]

Dentro das balizas erigidas pela lei deslegalizadora, à agência independente é conferida uma discricionariedade consideravelmente ampla para preencher o espaço deixado pela lei, realizar os princípios nela estabelecidos e efetivar os valores nela previstos.[22] Este amplo espaço de conformação inaugurado pela lei deslegalizadora para a edição da norma reguladora consubstancia a nota distintiva das agências independentes em relação às demais entidades administrativas revestidas de poder normativo.

3. Plano de Trabalho

Como a lei deslegalizadora confere às agências reguladoras margem consideravelmente ampla de discrição, a expedição de regulamentos[23] tendentes a regular o setor, por vezes, encerra um conflito de normas. A proposta deste trabalho é destacar, de forma não exaustiva, alguns exemplos de antinomias que decorrem do exercício do poder normativo das agências reguladoras e que vem sendo cogitadas pela doutrina.

---

quanto no sentido de controle constitucional. Ou seja, com base na eficiência, a delegação instrumental ganha contornos próprios que garantem à independência das agências reguladoras seu supedâneo. Mas eficiência confere a elas também limites próprios.‖ (*O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência.* In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 291 e 292).

[20] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Ob. Cit.*, p. 126.

[21] *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª ed., 2006, p. 406.

[22] Alexandre Santos de Aragão, *Ob.Cit.*, p. 409.

[23] Destaque-se, neste ponto, que renomados autores compreendem os regulamentos, em sentido técnico-jurídico, como atos administrativos normativos privativos do Presidente da República (art. 84, IV, CF/88) e, por simetria, do Governador e do Prefeito (Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, 2002, p. 24; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Direito Regulatório, p. 121; Celso Antonio Bandeira de Melo, *Curso de Direito Administrativo*, 18 ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 315; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 204;). Para esses autores, os atos normativos expedidos por outras entidades administrativas, que não o Chefe do Poder Executivo, não seriam autênticos regulamentos. Em sentido contrário, Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 519, e Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, 2006, p. 154. Pedindo vênia para descurar-se do rigor metodológico em prol da facilitação da exposição das ideias, adota-se neste ensaio o termo regulamento, tomado como gênero de que são espécies as resoluções, portarias, instruções normativas, etc., para aludir ao conjunto de atos normativos expedidos pelas agências independentes no exercício da atividade reguladora.

Transpondo a trivial identificação do conflito, buscar-se-á, ainda, com a modéstia recomendada para quem aborda temas que suscitam tantas intrigas quanto controvérsias, sistematizar algumas propostas para solucionar a antinomia de acordo com a natureza do conflito normativo enfocado.

3.1 Conflito entre o regulamento de agência reguladora e a lei

Talvez seja a colisão entre o regulamento expedido pela agência reguladora e a lei, espécie normativa de elevada estatura hierárquica na tão conhecida pirâmide kelseniana, a antinomia que grassa o maior número de controvérsias. O primeiro questionamento que logo se impõe, antes ainda de adentrar propriamente no conflito ora em foco, é a aptidão do regulamento da agência reguladora para inovar na ordem jurídica.

Tendo como parâmetro o art. 5º, II, da Constituição Federal (—ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de leiǁ), discute-se se o exercício da função normativa pela agência reguladora — entidade administrativa integrante do Poder Executivo — pode resultar na imposição de direitos e obrigações.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO posiciona-se no sentido que —o que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, II, da Constituiçãoǁ.[24]

Em sentido diverso, EROS ROBERTO GRAU percebe na expressão empregada pelo Legislador Constituinte —visível distinção entre as seguintes situações: i) vinculação da Administração às definições *da* lei; ii) vinculação da Administração às definições *decorrentes* — isto é, fixadas em virtude dela — de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva da lei*; no segundo, em face da *reserva da norma* (norma que pode ser tanto *legal* quanto *regulamentar*; ou *regimental*)ǁ.[25]

Partindo de uma compreensão diferente da cláusula de reserva de lei, prossegue o autor acentuando que —o princípio da legalidade expressa *reserva de lei em termos relativos* (= *reserva da norma*), razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares — e os vinculeǁ.[26]

---

[24] *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 213.
[25] *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 183.
[26] *Ob.Cit.*, p. 184.

Segundo o raciocínio desenvolvido, com o qual está-se de acordo, não deixa de acatar o princípio da legalidade o regulamento da agência reguladora que, normatizando aspectos técnicos relativos ao setor por ela regulado, resulte em obrigações aos particulares. Afinal, como esclarece MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ao se manifestar a propósito da prescrição constitucional do art. 5º, II, —é a lei que atribui função normativa às agências reguladoras, para que possam implementar as políticas públicas idealizadas pelo legisladorǁ.[27]

A diferenciação, apesar de sutil, é essencial para *conformar* o poder normativo das agências independentes ao princípio da legalidade, sem que o seu exercício importe em violação a garantias individuais. Uma interpretação mais tenaz e inflexível do art. 5º, II, da Constituição, que pretendesse restringir o exercício do poder normativo às questões técnicas essenciais à efetivação dos desígnios da lei da agência reguladora, com vigorosa intolerância para inovações na ordem jurídica, poderia reduzir o poder normativo das agências a um círculo deveras estreito. Abstraindo-se do plano teórico e transplantando a questão para o plano prático, temos a impressão de que os parâmetros técnicos que orientam a atividade normativa das agências reguladoras não permitem uma completa dissociação do Direito. Longe de admitirem sua acomodação em compartimentos estanques, nos parece que toda normatização da matéria, por mais tecnificada que seja, repercutirá na ordem jurídica, inaugurando, em maior ou menor escala, transformações que implicarão em criação, modificação ou extinção de direitos.[28]

Assentada essa premissa inaugural, põem-se agora em evidência o conflito normativo instaurado entre o regulamento superveniente da agência reguladora e a lei que normatizava a matéria antes da instituição daquele órgão. O ponto de partida para a solução dessa antinomia é o debate acerca da validade e do alcance da técnica de deslegalização, enquanto fundamento do poder normativo das agências.

Em tom austeramente crítico, GUSTAVO BINENBOJM entende que a técnica da deslegalização extrapola a sistemática constitucional de atribuição de competência normativas ao executivo, restrita às hipóteses, peremptoriamente previstas, de medida provisória (CF, art. 62) e de lei delegada (CF, art. 68).[29] Nas palavras do autor, —revela-se mesmo um contra-senso reconhecer, por um lado, que a Constituição previu, em seu art. 68, hipótese expressa de delegação legislativa, definindo-lhes claros limites e condições, e, por outro, aquiescer com a possibilidade genérica da deslegalização, a qual, *ontologicamente*, equivale a verdadeira *delegação legislativa inominada*ǁ.[30]

---

[27] *As Agências Reguladoras e os Princípios Constitucionais.* In *Direito Administrativo em Debate – 2ª Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 52.
[28] Paulo Roberto Ferreira Motta, *Agências Reguladoras.* Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 174.
[29] *Uma Teoria do Direito Administrativo,* 2006, pp. 275 e 276.
[30] *Ob.Cit.*, p. 277

Prossegue o autor afirmando que a técnica de deslegalização é incompatível como a previsão do art. 25, I, do ADCT,[31] além de não deixar margens para o controle político — que representa a essência da delegação de competências normativas ao Poder Executivo[32] —, tendo em vista que a lei deslegalizadora estabelece unicamente princípios gerais e cláusulas genéricas, sem fixar critérios inteligíveis mínimos para, de forma segura e clara, demarcar o exercício da função reguladora.[33]

Apesar das críticas, a técnica da deslegalização parece ser bem aceita por administrativistas de referência no tema. Posicionando-se favoravelmente, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO[34] inicia sua defesa à deslegalização destacando duas hipóteses, expressamente contempladas na Constituição: a previsão para a instituição da ANATEL, nos termos do art. 21, XI, na redação atribuída pela EC 08/95,[35] e da ANP, nos termos do art. 177, § 2º, III, na redação atribuída pela EC 09/95.[36]

Em seguida, passando às hipóteses legais, afasta o renomado publicista o pretenso óbice imputado ao art. 25, I, do ADCT, sob o argumento de que aquela previsão constitucional, por integrar o corpo transitório da Lei Fundamental, deve ser compreendida como a intenção do Legislador Constituinte de reestruturar as hipóteses de deslegalização porventura existentes à época da promulgação da Carta Política, promovendo a sua adequação à nova ordem constitucional.[37] Ao final, conclui o autor que, na ausência de proibição constitucional genérica, há de se admitir a deslegalização efetivada por iniciativa do Legislador Ordinário.[38]

À conclusão idêntica, chegou MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO: ―nos casos em que houve previsão constitucional dessas agências, não se deu discricionariedade ao legislador ordinário para criá-las ou não. Isso não significa que a lei não possa escolher outros segmentos a serem objeto de regulação e de criação de agência reguladora, nem, muito menos, que a lei não

---

[31] ―Art. 25 – Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa;‖

[32] No caso da lei delegada, a constitucionalidade da delegação está adstrita à precisa discriminação do objeto delegado e ao estabelecimento de parâmetros para o exercício da delegação. No caso das medidas provisórias, a adequação do exercício, pelo Executivo, da competência normativa à Lei Maior está restrita aos casos de relevância e urgência.

[33] *Ob. Cit.*, pp. 278 e 279.

[34] *Mutações do Direito Administrativo*, 2007, p. 223.

[35] ―Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;‖

[36] ―Art. 177. Constituem monopólio da União: [...] § 2º - A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: [...] III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;‖

[37] *Ob. Cit.*, p. 223. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: ―...é evidente que as agências reguladoras, tendo sido instituídas posteriormente à Constituição de 1988, não foram alcançadas por essa norma;‖ (*Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade.* In *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 43.

[38] ―...parece que tanto a tendência flexibilizadora, que tem caracterizado a evolução do Direito Público contemporâneo, quanto a própria ausência de regra vedatória, corroboram-na, no sentido de que a deslegalização disposta por lei será sempre possível na ordem constitucional vigente. Só não o seria, todavia, se a própria Constituição a proibisse específica e expressamente‖ (*Ob.Cit*, p. 224).

pode transferir ao regulador a competência para baixar as normas que explicitem os princípios e comandos gerais‖.[39]

Seguindo essa linha de compreensão,[40] a deslegalização vem sendo entendida como uma técnica resultante de uma política legislativa, de que se vale o próprio legislador, para *transferir* a uma outra sede normativa a regulação da matéria.[41]
Se válida é a deslegalização e admissível a normatização da matéria deslegalizada por meio do regulamento expedido pela agência reguladora, a pergunta que inevitavelmente se formula é: pode então o regulamento revogar a lei?

No enfrentamento da indagação proposta, perigosamente capciosa, recomenda-se a cautela necessária a fim de evitar posicionamentos tão cartesianos quanto açodados. A primeira impressão que logo se extrai é que o regulamento, espécie normativa de estatura hierárquica inferior à lei, jamais teria aptidão para revogar[42] a lei. Uma linha mais tradicional e menos receptiva ao poder normativo das agências reguladoras, seguramente proporia a resolução dessa antinomia a partir do critério da hierarquia de normas, segundo o qual o *regulamento* cederia lugar à espécie normativa *lei*, de maior estatura hierárquica.[43]

Em estudo dedicado ao tema das agências reguladoras, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO analisa a questão com profundidade e esclarece que ―não é propriamente o regulamento que revoga a lei anterior. Ele é apenas o instrumento que, dentro do princípio da *lex posterior derogat priori*, se vale a lei posterior para, diferida e dinamicamente, revogar a lei anterior, adequando a disciplina jurídica existente no momento em que entrou em vigor à cambiante realidade social‖.[44]

---

[39] *Agências Reguladoras*. In *Direito Administrativo em Debate*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 191.
[40] Marçal Justen Filho também entende que a criação das agências independe de autorização constitucional expressa. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 392. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, somente admite a deslegalização, se feita pela própria Constituição. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 45.
[41] Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª ed., 2006, p. 423.
[42] Não nos parece que a conclusões diversas se chegaria, na hipótese de ab-rogação ou de derrogação, motivo pelo qual faz-se referência, indistintamente, ao gênero revogação.
[43] Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève: ―...ainda que expressamente previsto pela lei, as normas regulamentares guardam a hierarquia que lhes é própria, não alcançando, com a simples previsão legal, promoção hierárquica ou deslocamento de regime jurídico (do regulamentar para o específico da lei); neste ponto, ainda que o Legislativo afirme que a norma regulamentar integrará o diploma legal, tanto em face da Constituição, não pode ocorrer. Previsão como essa não passa de previsão nula, e, pois, insuscetível de realização.‖ (*Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 236).
[44] Alexandre Santos de Aragão, *Ob. Cit.*, p. 423. Caminhando na mesma direção, Diogo de Figueiredo Moreira Neto acentua que ―será apenas a lei deslegalizadora (e não a norma deslegalizada) que poderá operar a revogação‖. (*Direito Regulatório*, 2003, p. 171).

A fim de contribuir para a compreensão da lógica subjacente à revogação da norma, permita-se a seguinte ilustração desenvolvida a partir do exemplo fornecido por aquele autor.[45] Cogite-se da hipótese, por mera ficção, de uma lei que, normatizando o setor, impusesse um limite máximo de emissão de 150 mg de resíduos sólidos pelos veículos de transporte coletivo. Sobrevindo uma lei que institui o órgão regulador da matéria e estabelece as diretrizes e finalidades legais (meio ambiente, evolução tecnológica, etc.) que orientarão o exercício do poder normativo que aquela lei lhe atribui, poderia o órgão regulador — segundo afirma o administrativista carioca — fixar limite de emissão de resíduos sólidos diverso de 150 mg. Complementando agora o exemplo, estamos convictos que o órgão regulador poderá fixar limite em patamar inferior àquele contido na lei pretérita (p.ex., 140 mg), ainda que tal alteração repercuta na esfera jurídica dos concessionários (que necessitarão promover adequações nos veículos, as quais poderão implicar em custos extras) e até mesmo dos usuários, já que tal mudança, num regime de livre iniciativa, possivelmente influenciará no valor da tarifa. Nesse caso, no instante em que o órgão regulador, no exercício do poder normativo que lhe foi conferido, expede o regulamento em conformidade com os *standards* legais, ele atribui efetividade à lei deslegalizadora, fazendo surgir nesta a aptidão necessária para, somente nesse momento, revogar a norma legal anterior que incidia sobre a hipótese (150 mg). Por outro lado, nos parece que a fixação do limite em patamar superior aos 150 mg não importará em revogação da lei pretérita. Considerando que a elevação do limite de emissão de resíduos vai ao encontro da proteção ao meio ambiente e não condiz com a implementação de novas tecnologias, mais eficazes (leia-se, menos poluidoras), este regulamento, pelo menos à primeira vista, foi expedido ao arrepio dos parâmetros da lei deslegalizadora, fazendo soar forte a sua ilegalidade.

Como se nota, a linha condutora do raciocínio é mais uma vez tênue. A rigor, o regulamento (norma deslegalizada) não entra em colisão com a lei pretérita que disciplinava a matéria. No instante em que é expedido pela agência reguladora, ele completa a moldura deixada ao seu preenchimento e, com a adesão do regulamento ora expedido, a lei deslegalizadora adquire vigor para, ela mesma, entrar em rota de colisão com a lei pretérita que disciplinava a matéria. Diante do conflito normativo instaurado entre a lei superveniente (lei deslegalizadora, tonificada agora pelo regulamento) com a lei anterior, o critério adequado para solucionar uma antinomia da natureza agora em foco é o cronológico (*lex posterior derogat priori*),[46] assegurando a preponderância da norma posterior.

Portanto, não se trata de inverter, de ponta-cabeça, a já septuagenária pirâmide de Kelsen e sua hierarquia normativa,[47] muito menos de promover a

[45] Alexandre Santos de Aragão, *Ob. Cit.*, p. 423.
[46] Norberto Bobbio, *Teoria Dell' Ordinamento Giuridico.* Torino: Giappichelli Editore, Corsi Universitari, 1960, p. 96. O Critério cronológico como método de solução de antinomias tem previsão legal no art. 2º, § 1º, da LICC.
[47] Para Gustavo Binenbojm, a admissão da deslegalização teria como conseqüência a subversão da hierarquia entre atos legislativos e administrativos e, ainda, a degradação do status da legislação anterior. (*Ob.Cit.*, p. 282).

degradação do *status* hierárquico da legislação anterior.[48] O critério hierárquico simplesmente não oferece qualquer serventia para a solução do conflito, motivo pelo qual deverá ser, nesse caso específico, preterido em prol do cronológico.

Sobre a antinomia em questão, um último esclarecimento se faz necessário. Ao se deparar com um conflito dessa natureza, deverá o intérprete verificar se as normas potencialmente colidentes pertencem ao mesmo *grupo de normas*.

Em caso negativo, o conflito será apenas *aparente*. As duas normas serão eficazes, cada uma dentro de sua esfera normativa, e serão aplicadas dentro de seus respectivos campos de incidência, conforme as circunstâncias fáticas do caso.[49]
Sobre o ponto, digno de nota é o pronunciamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1668, em que se impugnou a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97). Ainda em sede cautelar, o STF atribui interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, fixando exegese no sentido de que a competência outorgada ao Conselho Diretor da ANATEL para aprovar normas próprias de licitação (art. 22, II, da LGT) não autoriza o afastamento das normas gerais e específicas da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93). Da mesma forma, fixou entendimento de que a contratação de técnicos ou empresas especializadas para executar atividades de sua competência (art. 59 da LGT) deve observar as diretrizes lançadas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93). Muito embora a questão não tenha sido ainda analisada com a profundidade habitual das Ações Diretas, o precedente citado parece inclinar-se no mesmo sentido da linha aqui adotada. As normas da Lei Geral de Telecomunicações que cuidam de licitações são eficazes no âmbito restrito dos serviços de telecomunicações, mas nem por isso derrogam as normas da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, senão com elas devem conformar-se. Não há *verdadeiramente* um conflito de normas que resulte na preterição de uma delas.

Em caso positivo, por outro lado, se ambas as normas potencialmente colidentes visam à disciplina da mesma hipótese fática e se suas conseqüências jurídicas são incompatíveis, estar-se-á diante de um conflito *real*,[50] cuja solução redundará, inevitavelmente, no afastamento de uma e prevalência de outra. O desate da antinomia será orientado pelo critério

[48] Também não adquire a natureza jurídica de norma legal a norma reguladora deslegalizada, conquanto produzida pelo órgão que se tornou legalmente competente para editá-la. (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, 2003, p. 171).
[49] Alexandre Santos de Aragão, *Ob.Cit.*, pp. 426 e 427. Como ilustração, oferece o autor o exemplo da Resolução ANATEL nº 101, de 04.2.99, que fixa definições para os conceitos de ―controladora‖, ―controle‖ e ―empresas coligadas‖ distintas daquelas previstas na Lei das Sociedades Anônimas – Lei nº 6.404/76. As definições atribuídas pela ANATEL, apesar de veiculadas por norma posterior, não têm o condão de derrogar os correspondentes dispositivos da lei societária. Ambas as normas serão válidas e cada uma será aplicada dentro de seu campo de incidência e em conformidade com as finalidades perseguidas pelos diplomas legais que lhes servem de fundamento.
[50] Alexandre Santos de Aragão, *Ob.Cit.*, p. 428.

cronológico, como esclarecido linhas atrás, com a preponderância da norma posterior.

Invertendo-se o cenário, no caso de superveniência de uma nova lei em relação ao regulamento de agência reguladora preexistente, o conflito normativo parece ser solucionado sem maiores controvérsias.

Se para aqueles que não admitem a deslegalização o regulamento do órgão regulador não possui aptidão para revogar lei anterior, com muito mais razão não poderá se sobrepor à lei posterior. Por outro lado, mesmo dentre aqueles que admitem a deslegalização da matéria por iniciativa do próprio legislador, parece assente o entendimento de que a sua opção pela deslegalização lhe reserva a faculdade de avocar novamente para si a matéria outrora deslegalizada.

Lembre-se que ao Congresso Nacional foi concedida autorização constitucional para dispor sobre as matérias elencadas no art. 48 da Constituição, podendo tanto optar por legislar sobre elas, como por manter a legislação existente, por deslegalizá-la, ou até, no extremo, por não legislar.[51] Não é porque o legislativo, num momento antecedente, tenha preferido atribuir a outro ente administrativo a competência para disciplinar a matéria (o que faz através da sua deslegalização), que ele tenha despojado-se de, num momento posterior, retomar a disciplina do assunto.

Nesse sentido, avalia MARÇAL JUSTEN FILHO que ―a insatisfação do Legislativo com eventuais regulamentações adotadas pelo Executivo pode resolver-se pela edição de outra lei sobre a mesma matéria. A existência de um regulamento não exclui a competência normativa do Legislativo sobre a mesma matéria‖.[52]

A edição pelo Poder Legislativo de uma nova lei, superveniente àquela deslegalizadora, disciplinando assuntos relacionados à regulação de um setor econômico ou social, revela sua intenção de reprimir a normatização da matéria antes conduzida sob a batuta da agência reguladora. Como já ressaltava CAIO TÁCITO, em relação às matérias que entraram na competência do poder regulamentar, ―os decretos baixados nessas matérias podem modificar, ab-rogar ou substituir as disposições legislativas; que aquêles poderão, a seu turno, serem modificados por outros decretos até que o Legislador avoque, de novo, as matérias em causa, em termos que excluam, para o futuro a competência do poder regulamentar‖.[53]

Portanto, nos parece ser inquestionável, independentemente da postura que se assuma em relação à técnica de deslegalização de matérias, que o regulamento expedido por agência reguladora em momento anterior não

[51] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Ob.Cit.*, p. 171.
[52] *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 505.
[53] *As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar*. In *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 509.

sobrevive à normatização da mesma matéria veiculada em lei que lhe é superveniente.

3.2 Conflito entre o regulamento de agência reguladora e o regulamento do Chefe do Executivo

A segunda hipótese de conflito normativo de que se cogita é entre o regulamento de agência reguladora e o regulamento editado pelo Presidente da República (e, também por simetria, pelos Governadores e Prefeitos), no exercício da competência prevista no art. 84, IV, da Constituição (—Compete privativamente ao Presidente da República: […] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução‖). Esquadrinhando e complementando a lei cuja fiel execução ele visa a assegurar, o regulamento expedido pelo Chefe do Executivo poderá eventualmente apresentar conteúdo *incompatível* com o regulamento da agência reguladora, ou vice-versa, conforme a ordem cronológica de expedição. Nesse caso, estar-se-á diante de duas normas com conteúdos inconciliáveis ou que prescrevem consequências que se excluem.

Em coerência com o raciocínio desenvolvido no item anterior, nos parece que, a rigor, não é o regulamento do órgão regulador que colide com o regulamento do Chefe do Executivo, senão a lei que aquele densifica e à qual adere, no caso a lei de instituição da agência reguladora (a chamada lei deslegalizadora). Enxergando a questão por esta ótica, ter-se-ia, não um conflito entre regulamentos de entes administrativos diversos, mas sim uma colisão do regulamento do Chefe do Executivo com a lei de instituição da agência reguladora, na parte em que com ela é incompatível.
Sob outro prisma, admitindo-se que os dois regulamentos entram diretamente em rota de colisão, a solução da antinomia exige a escolha do critério adequado, que norteará a preterição de um em favor do outro.

Manifestando-se expressamente sobre a questão, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO estabelece uma relação de *hierarquia*, conferindo às normas expedidas pela agência reguladora uma natureza infra-regulamentar ao Poder Regulamentar outorgado ao Chefe do Executivo. Nas palavras da autora, —mesmo as agências reguladoras das telecomunicações e do petróleo, previstas na Constituição como órgãos reguladores, ao baixar normas voltadas à ‗regulação' dos setores que lhes estão afetados, têm que observar a hierarquia das normas, inclusive a superioridade das normas regulamentares baixadas pelo Chefe do Poder Executivo, titular único da função‖.[54]

Para a notável administrativista paulista, se as agências reguladoras compõem a administração pública indireta (afinal, são autarquias de regime especial) e se ao Chefe do Executivo foi constitucionalmente outorgada a atribuição para exercer a direção superior da administração federal (CF, art. 84, II), a atuação

[54] *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 44.

do órgão regulador estará sujeita à direção superior exercida pelo Presidente da República.[55]

A sujeição dos atos regulatórios ao controle do Chefe do Executivo e a solução pela prevalência incondicional das normas baixadas pelo Presidente sobre os regulamentos expedidos pelo órgão regulador contrariam, a nosso sentir, as razões que conduziram à implementação do modelo regulatório no Brasil. Como visto no capítulo introdutório deste estudo, a libertação do marco regulatório da zona de influências políticas constituía uma exigência irrenunciável para garantir o sucesso do modelo regulatório.[56] Não nos parece aceitável, portanto, que se adote um posicionamento que ponha em xeque o compromisso regulatório assumido perante o mercado.

Não se pode perder de vista, ademais, que a independência técnica compõe o *núcleo essencial* das agências reguladoras. Justamente por isso não foi da vontade do Poder Legislativo Ordinário a *submissão* das normas baixadas pelas agências reguladoras frente ao conteúdo dos regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo. Do contrário, teria o legislador previsto expressamente,[57] nas leis de instituição das agências reguladoras, a admissibilidade de recurso hierárquico impróprio.[58]

---

[55] ―Em primeiro lugar, há que se lembrar que não existe aqui a separação entre Administração Pública, de um lado, e o Poder Executivo, de outro. A Administração Pública está organizada de tal forma que o chefe do Poder Executivo dela faz parte integrante. É o que decorre do art. 84, II, da Constituição, que outorga ao Presidente da República competência privativa indelegável (cf. parágrafo único do mesmo dispositivo) para _exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal'. Não há qualquer possibilidade de serem criadas agências que escapem a essa direção superior do Presidente da República.‖ (*Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 210). No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève: ―Demais disso, os regulamentos, na pirâmide jurídica, residem numa posição hierárquica superior aos demais atos normativos do Executivo. Isso decorre, evidentemente, do fato de o Presidente da República, nos termos da Constituição (art. 84, II), exercer a direção superior da Administração Federal. Finalmente, os regulamentos são veiculados por meio de decretos. Os demais atos normativos são veiculados por meio de outros instrumentos, como as portarias, as resoluções, ou as circulares. Por conseguinte, os regulamentos são unicamente editados pelo Presidente da República, ao passo que os demais atos normativos serão editados pelos órgãos ou autoridades competentes.‖ (*Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 231).

[56] Isso não quer dizer, todavia, que as agências reguladoras podem permanecer alheias às políticas e diretrizes públicas traçadas pela Administração Pública Direta. A atuação das agências independentes, assim como a de qualquer outra entidade administrativa, deve se guiar pelo norte ditado pelas políticas públicas implementadas pelos Governantes eleitos democraticamente, às quais deve reverência. O que nos parece não ser admissível é que os atos regulatórios sejam submetidos à revisão e controle pelo Chefe do Poder Executivo e seus Ministérios.

[57] Como esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, ―o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece‖. Citando Marcello Caetano, o notável administrativista paulista acentua que ―os poderes da tutela administrativa não se presumem‖. (*Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151). Acresça-se, ainda, que a Lei 9.472/97 expressamente imputou à ANEEL a qualidade de última instância administrativa de julgamento de recursos administrativos, conforme dispõe o seu art. 19, XXV. Da mesma forma, o fez o art. 15, VI e §2º da Lei 9.782/99 (Lei da ANVISA), não permitindo ao Chefe do Executivo reavaliar a decisão final da agência, proferida por sua diretoria.

[58] A admissibilidade de recursos hierárquicos impróprios desafiando, ainda no âmbito administrativo, as decisões finais das agências reguladoras encontra forte resistência da doutrina em geral. Nesse sentido, confira-se a crítica de Alexandre Santos de Aragão: "...a admissão de recursos hierárquicos impróprios

Assim, a interferência da direção geral da Administração Pública na tomada de decisões técnicas reservadas à competência das agências reguladoras importará em ofensa direta à lei atributiva desta competência[59] (lei deslegalizadora) e, indiretamente, em intolerável violação ao princípio da separação de poderes. Nesse sentido, entende ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO que a regulamentação de lei baixada pelo Chefe do Executivo, que contraria, total ou parcialmente, a lei que atribui poder regulamentar a entidade independente da Administração Indireta, materializa intolerável norma *contra legem*.[60]

Focando a questão unicamente a partir do conflito normativo, também não nos parece ser a prevalência do regulamento expedido pelo Chefe do Executivo a solução mais acertada. Tal qual no item anterior, a adoção de uma metodologia inconsistente poderá levar a conclusões que não se harmonizam com os propósitos perseguidos com a criação das agências reguladoras.

Aqui, temos a impressão que a antinomia não se resolve pelo critério da hierarquia. Na verdade, não se trata de escolha falha no critério de solução de conflitos, mas sim de equívoco na premissa que a fundamenta. Não se está de acordo com a relação de hierarquia que se pretende estabelecer entre o regulamento das agências independentes e o regulamento do Chefe do Executivo. Segundo nos parece, ambas as normas configuram espécie normativa de *idêntica* hierarquia (são atos administrativos, de hierarquia inferior às leis e à Constituição), o que torna a escolha do critério hierárquico absolutamente inútil para a solução da antinomia.
Se se admite que as normas expedidas pelas agências reguladoras representam autênticos regulamentos, tal como aqueles expedidos pelo Chefe do Executivo,[61] ou se se admite que aquelas normas (resoluções, portarias, instruções normativas, circulares, etc.) configuram espécie normativa de idêntica estatura hierárquica dos regulamentos expedidos pelo Chefe do Executivo, a antinomia só será adequadamente solucionada com auxílio do critério da *especialidade*.

O cotejo entre o regulamento presidencial e o regulamento setorial — duas espécies do mesmo gênero *regulamento* —, autoriza afirmar que o primeiro

---

deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando-a inócua, por exemplo, a vedação de exoneração dos seus dirigentes. O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes e casuísticas, restaria totalmente corrompido se o Ministro ou o Presidente da República pudesse a qualquer momento impor caso a caso a sua vontade.‖ (*Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª ed., p. 349). Sérgio Guerra, todavia, admite a interposição de recurso hierárquico impróprio contra as decisões finais das agências reguladoras quando as mesmas decidirem além de suas competências, invadindo competência da Administração Pública Direta (*Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial*. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 498.

[59] Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª ed., 2006, p. 429.

[60] *Ob.Cit.*, pp. 429 e 430.

[61] Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, 2006, pp. 154 e 155.

possui pretensão de maior alcance e generalidade,[62] enquanto que o segundo tem seu campo de incidência restrito ao setor regulado, cujas especificidades orientam a sua expedição.

Ademais, a atuação das agências reguladoras, ao contrário da do Presidente, consubstancia uma função de natureza técnica de intervenção em um determinado setor da economia.[63]

Partindo das tão conhecidas lições doutrinárias de que norma especial é aquela que anula outra mais geral, ou que subtrai desta uma parcela da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação especializada,[64] estamos convictos que o regulamento da agência reguladora se apresenta como norma especial em relação ao regulamento do Chefe do Executivo, cuja expedição não leva em conta particularidades de um determinado campo de incidência que visa atingir, mas, ao revés, é direcionada para todos os segmentos indistintamente. Não custa salientar, em reforço, que a lei deslegalizadora confere às agências reguladoras competência em caráter específico, o que faz do seu regulamento norma especial em relação àquela (regulamento do Chefe do Executivo).

Importante registrar, neste ponto, que a prevalência do regulamento da agência reguladora, enquanto norma especial, não extirpa do ordenamento jurídico o regulamento do Chefe do Executivo, senão apenas, e unicamente, afasta a incidência da norma incompatível com a regulamentação que lhe é especial. Isto é, ao contrário do que ocorre em decorrência da adoção dos critérios cronológico e hierárquico para solução de antinomia, ―per effetto della legge speciale la legge generale cade **parzialmente**‖ (grifos do original).[65]

Encerre-se este tópico deixando consignado, apesar da trivialidade, a assertiva de que a norma especial (no caso, o regulamento da agência reguladora) resistirá mesmo à edição de norma geral posterior (regulamento do Presidente), tendo em vista que, no embate entre os critérios da especialidade e o cronológico, prevalece o primeiro.[66]

3.3 Conflito do regulamento de agência reguladora com a atuação do CADE

---

[62] Tradicionalmente, enquanto a *lei* é definida como ato normativo primário, dotados dos atributos de generalidade e abstração, editados pelo Poder Legislativo com a finalidade de inovar na ordem jurídica, estabelecendo direitos e impondo obrigações e deveres, ao *regulamento* expedido com fundamento no art. 84, IV da Constituição é reservada a função de detalhar, esmiuçar e precisar os conceitos relacionados à matéria disciplinada pela lei, garantindo-lhe sua ―fiel execução‖. Diz-se, nessa linha, que o regulamento amplia e completa a lei, segundo o seu espírito e o seu conteúdo. Como ato normativo secundário, que adere à lei, a regulamentação feita pelo Chefe do Executivo resulta, necessariamente, em normas genéricas e abstratas, tal qual as normas legais a que ele se subordina.

[63] Marcos Juruena Villela Souto, *As Agências Reguladoras e os Princípios Constitucionais*. In *Direito Administrativo em Debate – 2ª Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55.

[64] Norberto Bobbio, *Ob.Cit.*, p. 100.

[65] Norberto Bobbio, *Ob. Cit.*, p. 101.

[66] Art. 2º, § 2º, da LICC: ―A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.‖ E, ainda, Norberto Bobbio, *Ob.Cit.*, p. 116.

Como se pontuou, ainda na introdução deste trabalho, o conceito de regulação agrega o exercício de uma série de funções e poderes administrativos, como, *v.g.*, poderes normativos, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva.[67] O que releva destacar, neste tópico, é que o exercício das funções executiva e judicante possui aptidão para alcançar as *situações* e *relações jurídicas* que compõem a zona de atuação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Admitindo-se, assim, que a atuação das duas autarquias mantém *pontos de toque*, constituídos pela sujeição simultânea de determinados fatos ao regulamento da agência reguladora de um setor econômico e à apreciação do CADE, cujas respectivas avaliações poderão apontar para recomendações opostas, tem-se nessas hipóteses, pelo menos à primeira evidência, um conflito que deverá ser resolvido, a nosso sentir, à luz das funções desempenhadas e das finalidades institucionais perseguidas por cada uma das duas entidades administrativas.

Importante observar, de início, que o CADE tem como função institucional a defesa da livre concorrência (CF, art. 170, IV), vertente da livre iniciativa, que, por sua vez, foi erigida à categoria de princípio fundamental da República (CF, art. 1º, IV), e como escopo de atuação a apuração de infrações contra a ordem econômica, nos termos do art. 1º de sua lei de regência (Lei nº 8.884/94). Dessa forma, compete ao CADE avaliar se as condutas assumidas pelos agentes econômicos (*players*) atentam contra a livre circulação econômica e o escorreito desempenho da atividade econômica, impondo-lhes reprimenda em caso positivo.

Tratando do assunto no art. 173, §4º,[68] a Constituição optou por não reservar, com exclusividade, a defesa da concorrência a uma entidade administrativa específica. O CADE, é certo, representa o principal agente estatal de repressão ao abuso de poder econômico, mas sua atuação não afasta, muito menos elimina, a contribuição das agências reguladoras na promoção de valor tão importante, como a concorrência.

A investigação da zona de convergência entre a atuação do CADE e das agências reguladoras pressupõe uma distinção fundamental: entende-se, com certo consenso,[69] que no ordenamento brasileiro a noção de serviço público se

---

[67] Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo*, 2ª ed., 2006, p. 369.

[68] ―Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.‖

[69] Manifestando-se contrariamente ao antagonismo usualmente aposto entre atividade econômica e serviço público, Eros Roberto Grau entende que a concepção de atividade econômica compreende duas espécies, a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público: ―Como tenho observado, inexiste, em um primeiro momento, oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. Em texto anterior averbei: ‗A prestação de *serviço*

afasta do conceito de atividade econômica na medida em que a prestação daquele não está franqueada à livre iniciativa, a teor do art. 175 da Constituição, que concentra na iniciativa estatal a deliberação sobre a sua forma de prestação. Assim, ao contrário do que ocorre em relação ao desempenho de uma atividade econômica qualquer, não se pode explorar um serviço público como opção empresarial, a menos que se receba do poder público uma delegação estatal por meio de concessão ou permissão.

Partindo desta premissa, e depois de caracterizar o princípio da livre iniciativa como a liberdade de entrar, permanecer e se retirar de um determinado segmento econômico, por iniciativa própria e independente de autorização, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO conclui que ―se assim é, que o princípio da livre concorrência é ancorado no princípio da livre-iniciativa, o órgão ou entidade encarregada da defesa do princípio da livre-concorrência – no caso do CADE – não tem ingerência em matéria de serviços públicos, onde não mais se aplica o princípio da livre concorrência porque deixa de aplicar o próprio fundamento, que é o da liberdade de iniciativa, que não se exerce na sua plenitude a serviços públicos, ainda que prestados por particulares‖.[70]

Seguindo linha similar, FLÁVIO AMARAL GARCIA é incisivo ao asseverar que ―não pode o CADE ultrapassar os limites constitucionais da sua atuação, qual seja, o campo das *atividades econômicas*. O fato de agora existir concorrência em alguns serviços públicos não confere ao CADE a prerrogativa de expandir a sua atuação neste setor. Nem mesmo o fato dos serviços públicos apresentarem um cunho econômico, possibilitando uma exploração similar a das atividades econômicas pode ser utilizado como argumento para uma intervenção do CADE no setor, já que continuam sendo serviços públicos e, portanto, sujeitos ao controle e fiscalização do ente estatal criado especificamente para este fim, no caso as agências reguladoras‖.[71]

Na esteira da doutrina especializada aqui colacionada, nos parece razoável afirmar que, no âmbito dos serviços públicos, o CADE não está legalmente habilitado defender e preservar a livre concorrência. Na verdade, falece ao CADE competência para se imiscuir na ordenação do mercado, já que o pressuposto de sua atuação — livre concorrência — simplesmente se faz ausente. Em se tratando de serviço público, cuja exploração pelo agente

---

público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*. *Serviço público* – dir-se-á mais – é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.‖ (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101).

[70] *Agências Reguladoras (Transcrição de Palestra no Ciclo de Estudos Desenvolvido pela SUSEP, sob Coordenação de seu Procurador-Geral, Dr. Moacyr Lanha Filho)* In *Direito Administrativo em Debate – 2ª Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.69.

[71] *Conflito de Competência entre o CADE e as Agências Reguladoras que Atuam no Campo dos Serviços Públicos*. In *Revista de Direto da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – Vol. XI Direito da Regulação* (Coord. Alexandre Santos de Aragão). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 247 e 248.

econômico interessado exige uma autorização formal, a defesa da concorrência no setor tocará apenas à respectiva agência reguladora. Ao mesmo passo em que dispõe sobre condições de ingresso no mercado, a lei que trata especificamente da concessão de um determinando serviço público também atribui à entidade administrativa por ela instituída a regulação do setor, aí incluído o acompanhamento da atuação dos agentes econômicos possuidores de autorização para exploração do serviço.

Se no âmbito dos serviços públicos, o CADE não preserva a livre concorrência (até porque ela não existe ali), não há, verdadeiramente, uma *sobreposição* de atuações entre aquele órgão administrativo e a respectiva agência reguladora encarregada do setor. O conflito, neste caso, é apenas *aparente*.
Mesmo sem a pretensão de querer infirmar a assertiva habitualmente aceita de que a dimensão concorrencial dos serviços públicos não os desnatura em atividade econômica, na acepção mais autêntica da expressão, propõe-se a partir desse instante uma análise crítica da seguinte questão: nos casos de flexibilização do monopólio, em que um mesmo serviço público é delegado a diversos concessionários que atuarão num mercado comum (como é o caso, p.ex., da telefonia celular), poder-se-ia cogitar de atuação do CADE em litígios instaurados entre delegatários envolvendo matérias afetas à defesa da concorrência?
Contrastando, à guisa de ilustração, o alcance da função judicante da ANATEL, delimitada no art. 19, XVII, da Lei nº 9.472,[72] ou mesmo da ANEEL, fixada no art. 3º, V, da Lei nº 9.427,[73] vê-se, claramente, que às agências reguladoras foi conferida uma atuação ampla, na composição de conflitos entre delegatários, sem qualquer tipo de delimitação quanto à natureza da divergência. O desempenho da função judicante do CADE, ao revés, está circunscrito aos atos e condutas que produzam um dos efeitos nocivos ao mercado, relacionados no art. 20 da Lei nº 8.884/94.[74] Além da amplitude horizontal, a nota distintiva da função judicante exercida pelas agências é que o seu desempenho se orienta pelas *especificidades* do setor regulado.

Estabelecida essa diferenciação, nos parece que, em sendo os segmentos regulados mercados sensíveis, tanto que destacados pelo Legislador (Constitucional ou Ordinário) e submetidos à regulação de um órgão especializado, as agências reguladoras terão maiores condições de avaliar o impacto nocivo de determinada conduta para o bem-estar do mercado, do que

[72] —Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;‖
[73] —Art. 3o Além das atribuições previstas nos (...), compete à ANEEL: [...] V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;‖
[74] —Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.‖

se pode esperar que faça o CADE, órgão atuante em todos os mercados econômicos. Somando-se ao maior conhecimento da dinâmica de um certo mercado regulado, foco de sua especialização, sobressai, ademais, a *expertise* das agências independentes, que envolve a ponderação de outros valores essenciais além da concorrência, como, *v.g.*, a universalização do serviço, a modicidade tarifária, a impossibilidade de interrupção, etc., todos sopesados em conjunto na busca da eficiência do mercado e de um ―ponto ótimo‖, isto é, um ―ponto de equilíbrio‖ entre os interesses, constantemente em tensão, de consumidores e fornecedores do serviço.[75]

Analisando a indagação, por conveniência didática, a partir do exemplo da telefonia celular, temos a impressão de que, mesmo que se pudesse cogitar, num primeiro momento, do surgimento de uma concorrência entre delegatários que prestam o mesmo serviço, o que legitimaria, em tese, a sujeição do mercado à ordenação do CADE, a regulação conduzida pela agência independente deve prevalecer da mesma forma, ainda que se trate de matérias afetas à defesa concorrência.

Em sentido aparentemente diverso, o art. 7º da Lei nº 9.472/97[76] optou por submeter os atos de concentração econômica às normas de proteção da concorrência e à apreciação do CADE. A conjugação desta previsão legal com o art. 97 da mesma lei[77] — o qual condiciona à previa aprovação da Agência a cisão, fusão e alterações de outra natureza do controle societário, fazendo, inclusive, expressa remissão ao seu art. 7º — revela que a *ratio legis* não foi subtrair da ANATEL a competência para conhecer dos atos de concentração, que têm por pressuposto o exame de matérias de cunho preponderantemente empresarial, que eventualmente poderiam escapar à especialização que se espera das agências. Em verdade, foi da intenção do Legislador que a operação que os delegatários pretendem levar a cabo seja analisada sob duas óticas distintas, embora calcadas sob um denominador comum: a preservação da concorrência. Enquanto o CADE foca sua análise na identificação de infrações à ordem econômica e na avaliação quanto à produção de efeitos deletérios ao mercado, a ANATEL concentra sua apreciação sob a perspectiva dos riscos e implicações da operação à prestação do serviço de

---

[75] As expressões são de Marcos Juruena Villela Souto, *As Agências Reguladoras e os Princípios Constitucionais*. In *Direito Administrativo em Debate – 2ª Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45.

[76] ―Art. 7° As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei. § 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica. § 2° Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador. § 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.‖

[77] ―Art. 97. Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário. Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7° desta Lei.‖

telecomunicações, sobretudo do ponto de vista dos consumidores.[78] Longe de excludentes, são competências *suplementares*,[79] que reforçam o controle dos atos de concentração e ampliam a proteção à concorrência.
É natural que, porquanto se trate de setor regulado envolto a especificidades que lhes são peculiares, tenha preferido a lei manter a apreciação de questões dessa natureza no âmbito da entidade administrativa que conhece, com profundidade, a dinâmica do mercado, sem prejuízo da submissão da questão ao órgão antitruste que desempenha, por mister institucional, a função de controle de atos de concentração.

Fora das exceções expressamente ressalvadas, como é o caso da ANATEL, nos parece que as divergências a propósito de questões relativas à concorrência na execução de serviços públicos devem ser tratadas *preferencialmente* no âmbito da agência reguladora, pois, afinal, o que justifica essa prevalência é precisamente a especialização no setor, qualidade que serve de fundamento para a sua criação.

Já agora passando ao confronto da atuação do CADE com a de agência reguladora de um setor econômico qualquer, há de se destacar a diferença basilar na missão institucional executada por cada uma das entidades.

Enquanto o CADE tem por finalidade preservar a concorrência, leal, legítima e justa, já instalada em um mercado —maduro‖ — para repetir aqui a expressão usada por MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO ao se debruçar sobre o conflito —, as agências reguladoras têm por finalidade promover, estimular e ampliar o ambiente concorrencial em um setor em que a concorrência ou bem ainda é embrionária, ou bem ainda não foi instaurada.
Dando a palavra ao publicista, —[n]os setores ocupados por agências reguladoras ainda não existe a mesma liberdade de concorrência que acontece nos setores maduros, acompanhados pelo CADE, cujo objetivo é preservar – e não, criar – esse cenário de livre troca e de livre acesso de consumidores e fornecedores, para que no mercado se desenvolva a atividade econômica. No

[78] Para o desempenho do controle dos atos de concentração, tanto o CADE, quando a ANATEL, adotaram definições e conceitos próprios, diversos daqueles constantes da Lei Societária (Lei. Nº 6.404/76), conforme os valores em cuja proteção está centrada a avaliação por eles desenvolvida. No caso do CADE, a sua atuação é orientada pelas definições aprovadas na Resolução CADE nº 15/98, enquanto que a ANATEL pauta sua avaliação nos conceitos e definições demarcados na Resolução ANATEL nº 101/99.
[79] Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto: —Isso fica bastante claro na hipótese de atuação da agência no controle dos atos de concentração entre agentes regulados. Em muitos setores, a legislação prevê restrições à acumulação de outorgas ou licenças, ou veda algumas operações de transferência de controle, de forma permanente ou por algum período. E, em geral, outorga a um órgão regulador competências para fiscalizar e coibir estas operações. Muita vez o faz prescrevendo competências comuns ou suplementares entre o órgão de regulação setorial e o órgão de controle antitruste (o CADE). Neste caso, ou por expressa prescrição legal (determinando que o regulador defina quando e com que critérios exercerá essa fiscalização), ou por força da previsão de poderes implícitos (como visto no tópico primeiro deste trabalho), o legislador confere alguma margem de discricionariedade ao regulador para atuar em concreto, fiscalizando e coibindo os atos de concentração vedados nos marcos setoriais de regulação.‖ (*Discricionariedade e Regulação Setorial – O caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial.* In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 588).

caso dos segmentos regulados, o papel da Agência Reguladora é construir esse cenário; portanto, as regras de funcionamento desse segmento são especiais e diferenciadas‖.[80]

Prossegue o autor salientando que a atuação do CADE reveste-se de uma feição *passiva*, restrita às hipóteses de danos, efetivos ou potenciais, à livre concorrência,[81] enquanto que às agências incumbe um papel *pró-ativo* de criação do ambiente concorrencial, englobando, além da função judicante, funções normativas e executivas. Finalizada a comparação, o saudoso administrativista sugere que a sobreposição de atuações seja resolvida à luz do princípio da especialidade[82]: ―O CADE é a estrutura administrativa vocacionada para a defesa da concorrência dos mercados em geral. Onde há **segmentos econômicos específicos**, que justificaram a criação de uma disciplina jurídica diferenciada e uma estrutura administrativa específica para a sua disciplina, se afasta a incidência da norma geral. A concorrência, naquele espaço, é regulada e não ditada pelo mercado. Quanto à estrutura, o direito administrativo trata do tema sob o **princípio da especialidade administrativa**, que vocaciona a atuação de uma entidade e não de outra‖ (grifos do original).[83]

Perfilhando das razões acima esposadas, nos parece aceitável que as circunstâncias peculiares que circundam segmentos econômicos recém-abertos à iniciativa privada e ambientes concorrenciais ainda não plenamente desenvolvidos (mercados que não atingiram ainda a maturidade) atraiam o controle antitruste exercido pelo órgão especificamente criado para corrigir aquelas deficiências, em detrimento do monitoramento feito pelo CADE.

3.4 Conflito entre regulamentos de agências de setores distintos. Conflito entre regulamentos de agências federais, estaduais e municipais.

Registrou-se linhas atrás, que a lei deslegalizadora inaugura amplo espaço de conformação para a agência independente editar a norma reguladora direcionada ao setor econômico destacado e colocado sob sua regulação. Como resultado desta atribuição de competência normativa, anotou GUSTAVO BINENBOJM que o poder normativo conferido às agências para disciplinar o

---

[80] *As Agências Reguladoras e os Princípios Constitucionais.* In *Direito Administrativo em Debate – 2ª Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.41.
[81] *Ob.Cit.*, p. 41.
[82] A propósito, merece o registro de que, em conflito de natureza similar, o STJ invocou o princípio da especialidade para ratificar a sujeição de atos de concentração, aquisição ou fusão de instituições financeiras à aprovação do BACEN, afastando, nesses casos, o controle exercido pelo CADE (REsp. 1.094.218/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.8.10, DJU 12.4.11).
[83] *As Agências Reguladoras e os Princípios Constitucionais.* In *Direito Administrativo em Debate – 2ª Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42. Idêntica sugestão é oferecida por Flávio Amaral Garcia: ―Na esteira desse raciocínio, pode-se afirmar que a Lei nº 8.884/94, que sistematizou o direito antitruste, é *lei geral*, enquanto as demais leis que instituem as agências e regulam os aspectos concorrenciais envolvidos naquele segmento são *leis especiais*. Como é sabido, é regra básica de hermenêutica jurídica que a lei especial prevalece sobre a lei geral.‖ (*Conflito de Competência entre o CADE e as Agências Reguladoras que Atuam no Campo dos Serviços Públicos*. In *Revista de Direto da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – Vol. XI, Direito da Regulação* (Coord. Alexandre Santos de Aragão). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 249).

setor regulado —não quer dizer, advirta-se, que as normas produzidas pelas agências limitem-se a disciplinar aspectos do setor específico regulado. Pelo contrário. Dada a extensão dos poderes normativos cometidos às agências, é mesmo inevitável que suas normas interfiram com outros campos que não, exatamente, o setor que lhes incumbe disciplinar‖.[84]

Dentro deste contexto, a quarta hipótese de conflito normativo que se cogita é a colisão entre regulamentos expedidos por agências reguladoras de setores regulados diversos, ou, ainda, entre regulamentos de agências integrantes da administração pública de entes federativos distintos, na regulação de um mesmo segmento. A primeira discussão deve ser enfrentada recorrendo-se à teoria do ordenamento jurídico. Afinal, é proposição elementar que a ordem jurídica de um Estado constitui um sistema composto por diversos elementos e normas, entre si coordenados e umbilicalmente conectados à Constituição, elemento que confere unidade ao sistema.[85] Dessa forma, não nos parece razoável compreender a potencial capacidade dos regulamentos das agências independentes de irradiar efeitos para além dos contornos do setor regulado, senão à luz da unidade da ordem jurídica.
Neste passo, merece registro a doutrina de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, segundo a qual a norma expedida pela agência reguladora, além de conformar-se com o *direito supraordinado* (normas de maior hierarquia, como a Constituição), deve também afinar-se com o *direito equiordenado*. Pontua o célebre administrativista que, às normas de igual hierarquia —não pode a norma reguladora produzida pela agência autônoma opor-se, pois se cada uma dessas normas paralelas deriva sua validade de fundamentos legislativos distintos, todos presumidamente válidos, presume-se, também que devam harmonizar-se reciprocamente, sem invasão de poder de uma sobre a outra‖.[86]

Se é de se esperar que o regulamento expedido por uma agência reguladora não só não contrarie os preceitos contidos no regulamento de outra, como também com eles se harmonize, de modo a assegurar a coexistência de ambos, cada qual dentro do seu campo de incidência,[87] é no mínimo inadequado empregar ao regulamento expedido por uma agência interpretação e alcance que transponha a zona demarcatória do setor econômico colocado sob sua regulação. Até porque foge à lógica da adoção de um marco regulatório ancorado na criação de agências reguladoras especializadas admitir que o regulamento expedido de acordo com, e direcionado para, as singularidades de um setor econômico pudesse alcançar e reger *situações* e *relações jurídicas* sujeitas à regulação de outra agência.

---

[84] Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, 2006, p. 259.
[85] Norberto Bobbio, *Ob.Cit.*, pp. 39 e 40.
[86] *Mutações do Direito Administrativo*, 2007, p. 220.
[87] —É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma.‖ (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.291).

A tensão estabelecida entre regulamentos expedidos por agências reguladoras de diferentes setores econômicos é, portanto, a nosso sentir, apenas *latente*. Mesmo que se pudesse cogitar de uma eventual aptidão para espraiar efeitos sobre outros setores econômicos, os regulamentos hão de ser interpretados de tal forma a restringir a normatização ao segmento objeto de regulação da agência que os expediu. Além de garantir validade e eficácia aos regulamentos de cada agência reguladora, dentro de sua esfera regulatória, esta é a compreensão, segundo nos parece, que melhor se coaduna com a ideia de unidade e logicidade do ordenamento jurídico.

Já em relação à cogitada colisão entre regulamentos de agências reguladoras que integram a administração pública de diferentes níveis, e tem como escopo de atuação um mesmo segmento, entendemos apropriado avaliar a questão sobre duas perspectivas, segregando, de um lado, agências reguladoras de serviços públicos, e, de outro, agências reguladoras de atividades econômicas *stricto sensu*.

Do ponto de vista da regulação de serviços públicos, as agências têm seu campo de atuação delimitado segundo o sistema constitucional de repartição de competências. Assim é que os serviços públicos constitucionalmente reservados à União estarão sujeitos à regulação de agências federais; os serviços públicos cuja titularidade foi conferida aos Estados Membros serão alvo de regulação por agências reguladoras estaduais, conforme a conveniência de sua instituição; e os serviços públicos prestados pelos Municípios submetem-se à regulação de agências municipais, conforme a legislação municipal.

No âmbito dos serviços públicos, portanto, não nos parece existir margem para a sobreposição de normas expedidas por agências reguladoras de níveis federativos diferentes na medida em que a própria Constituição distribui, entre os Entes Federados, a responsabilidade pela prestação de serviços públicos conforme sua natureza.

Alguns exemplos auxiliam a compreensão. Os serviços de telecomunicações e os serviços e instalações de energia elétrica, porque atribuídos com exclusividade à União (CF, art. 21, XI e art. 21, XII, —bǁ), estarão sujeitos, unicamente, à regulação por agências federais, no caso a ANATEL e a ANEEL, respectivamente. Os demais Entes Federados (Estados e Municípios) não estão habilitados a instituir agências destinadas à regulação desses dois segmentos pelo singelo motivo de que a sua exploração não lhes compete segundo o sistema constitucional de repartição de competências. Veja-se, ainda, que no exemplo dos serviços de transporte, à União foi conferida a exploração dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (CF, art. 21, XII, —eǁ), enquanto que aos Municípios foi destinada a organização e prestação dos —serviços públicos de interesse localǁ (CF, art. 30, V), aí incluindo, p.ex., o transporte coletivo intramunicipal, restando aos Estados, por exclusão, o transporte rodoviário intermunicipal (competência residual, CF, art. 25, §1º). Mesmo no caso do serviço de

transporte, em que a competência para explorá-lo e organizá-lo foi parcelada entre União, Estados e Municípios, não há espaço para *justaposição* de regulamentos da agência federal com regulamentos de agência estadual ou municipal, pois as competências normativas conferidas a cada uma delas não coincidem.[88]

Passando agora para os ordenamentos econômico e social, o quadro muda um pouco de figura. Ao contrário dos serviços públicos, as *atividades privadas regulamentadas*,[89] apesar de sujeitas à regulação estatal em razão da sua relevância pública, estão franqueadas à iniciativa privada, que as exerce segundo sua livre iniciativa. Aliás, no caso da saúde e da educação, a própria Constituição Federal fez questão de consignar, peremptoriamente, a abertura à iniciativa privada (CF, art. 199 e 209, respectivamente), convocando-a a atuar em colaboração com o Estado no desenvolvimento das atividades de notório interesse coletivo.

Como a organização e o fomento dessas atividades foi conferido, simultânea e cumulativamente, a todos os Entes Federativos,[90] União, Estados e Municípios estão habilitados a regularem os respectivos segmentos, se assim desejarem, o que abre ensanchas para a ocorrência de autênticos conflitos normativos. Imagine-se, à guisa de exemplificação, se a ANS – Agência Nacional da Saúde

[88] O art. 22 da Lei 10.233/01 delimitou a esfera de atuação da ANTT (órgão regulador federal): I – o transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação; II – a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes; III – o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; IV – o transporte rodoviário de cargas; V – a exploração da infra-estrutura rodoviária federal; VI – o transporte multimodal; VII – o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias (grifos nossos). Em nível estadual, observando-se, ilustrativamente, o exemplo do Estado de São Paulo, a lei instituidora da Artesp – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (LC 914/02) atribuiu à agência competência para: V - celebrar e gerenciar os contratos de prestação de serviços públicos de transporte, inclusive do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros e do aquaviário; X - aplicar as penalidades regulamentares e as definidas nos contratos, e nos termos de permissão ou autorização; XI - intervir na prestação dos serviços públicos de transporte, autorizados, permitidos ou concedidos, nos casos previstos em lei ou em contrato; XII - promover a extinção unilateral ou consensual dos contratos de prestação de serviços públicos de transporte, autorizados, permitidos ou concedidos, nos casos previstos em lei ou em contrato; XXVIII - definir parâmetros e padrões técnicos para a prestação de serviço adequado, consideradas as especificidades de cada modalidade e de cada contrato ou instrumento de outorga; XXIX - definir parâmetros e indicadores para a manutenção e atualização dos equipamentos e instalações necessários à prestação dos serviços públicos de transporte; entre outras (grifos nossos). Confrontando a atuação da ANTT, em âmbito nacional, com a atuação da Artesp, no âmbito do Estado de São Paulo, vê-se que as competências das agências possuem dimensões distintas, não havendo pontos de toque entre elas.

[89] Essa é a expressão utilizada por Alexandre Santos de Aragão, que as conceitua como ―atividades de iniciativa privada para as quais a lei, em face da sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo-se ainda a sua contínua sujeição à regulação da autoridade autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial‖ (*Atividades Privadas Regulamentadas*. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras* (coord. Alexandre Santos de Aragão). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 222).

[90] Art. 23 da CF/88: ―É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...] V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;‖

(órgão federal de ―regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde‖ – art. 1º da Lei nº 9.961/00), ao disciplinar sobre condicionantes para o exercício da atividade (como, *v.g.*, requisitos para concessão de autorização), expedisse regulamento dispondo de forma não compatível, ou até mesmo contraditória, com a normatização dada à matéria pela agência estadual ou municipal. Nesse contexto, ainda fictício, eis que não se tem notícias de agências estaduais e municipais que já tenham sido instituídas com este fim, e admitindo-se que os dois regulamentos teriam âmbitos de validade (temporal, espacial, pessoal e material) coincidentes, a colisão das normas seria direta e a antinomia inevitável.[91]

Sendo *real* a antinomia ora em foco, a sua solução é, como não poderia ser diferente, assaz desafiadora. Considerando a sua aptidão para orientar as relações entre os entes estatais de direito público interno, nos parece que o *princípio da subsidiariedade* (em sua acepção introversa à Administração Pública[92]) poderia ser chamado a contribuir para a solução do conflito ora em foco, instaurado pelo exercício de competências comuns por entidades administrativas de esferas federativas diferentes.

Seguindo esta ordem de convicções, de aproximar o âmbito de tomada de decisões estratégicas da instância mais próxima da base social,[93] temos a impressão de que o órgão municipal, justamente por manter um contato mais estreito com as demandas e deficiências do mercado local, seria o ente mais qualificado para regular a atividade econômica com maior precisão e eficiência. Dentro dos contornos espaciais que legitimam a sua regulação, a agência municipal contaria, à primeira vista, com uma especialização (assim entendida como o conhecimento das particularidades do mercado objeto de regulação) mais refinada e profunda do que a da agência estadual, e, mais ainda, do que a da agência federal.

Sem que o regulamento de uma agência importe em anulação ou derrogação do regulamento de outra, nossa sugestão, em conflitos dessa natureza, é que seja dada preferência à regulação dos órgãos que mantêm uma conexão mais *estreita* com o mercado local, apenas nos pontos em que a convivência das duas normas revelar-se insustentável.

4. Conclusão

Ainda que sem a ambição própria dos doutrinadores de vanguarda, esperamos ter contribuído, com o presente estudo, para o debate em torno do poder normativo conferido às agências reguladoras, mais precisamente no que diz

[91] Norberto Bobbio, *Ob.Cit.*, p. 90.
[92] Em sua acepção extroversa à Administração Pública, o princípio da subsidiariedade procura resumir a atuação estatal às atividades que os particulares não têm interesse ou condições em exercê-las por meios próprios, bem como às atividades cuja delegação à iniciativa privada não se revela conveniente.
[93] José Alfredo de Oliveira Baracho, *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. In RDA 200, p. 52.

respeito ao enfrentamento de conflitos normativos instaurados pela colisão dos regulamentos por elas expedidos com normas de outras naturezas.

Partindo da proposição elementar de que o Direito não tolera antinomias — parêmia remansosamente invocada para justificar a unidade e logicidade de um ordenamento jurídico —, o presente trabalho cogitou de quatro hipóteses em que, pelo menos à primeira vista, se vislumbraria um conflito de normas a clamar por resolução.

Após distinguir as hipóteses de antinomias reais daquelas em que o conflito normativo é apenas aparente, este trabalho avançou em direção à solução do embate. Ao fim do estudo, ficamos com a impressão de que a sistematização de propostas para superar as antinomias aqui identificadas, e outras que deixaram de ser abordadas, não pode abstrair-se das razões que conduziram à adoção de um marco regulatório calcado na instituição de agências reguladoras independentes, muito menos da missão institucional por elas desempenhadas dentro deste contexto. Nesta toada, nos pareceu sempre mais apropriado preterir as soluções que, em maior ou menor medida, pretendiam subjugar o poder normativo das agências independentes, de tal forma não desejada pelo Legislador Ordinário que as instituiu.

Não refutamos a inadmissibilidade de se conferir primazia incondicional às normas expedidas por agências reguladoras, mas entendemos que a sua atuação especializada em um segmento econômico específico e os valores que elas buscam promover são elementos que, impreterivelmente, devem ser incluídos na —balança das conveniênciasll no momento de solucionar a antinomia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de, **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação dos Poderes – Uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 786, pp.11-56, Ed. Revista dos Tribunais, abri/2001.

_____. Atividades Privadas Regulamentadas. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras** (coord. ARAGÃO, Alexandre Santos de). Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 221-269.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio, **Curso de Direito Administrativo**, 18 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200, pp. 21-54, Renovar, abri/1995.

BINENBOJM, Gustavo, **Uma Teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto, **Teoria Dell' Ordinamento Giuridico**. Torino: Giappichelli Editore, Corsi Universitari, 1960.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. **Direito Regulatório***:* temas polêmicos. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, pp. 19-50.

_____. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras** (coord. ARAGÃO, Alexandre Santos de). Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 271-297.

GARCIA, Flávio Amaral, Conflito de Competência entre o CADE e as Agências Reguladoras que Atuam no Campo dos Serviços Públicos. **Revista de Direto da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Vol. XI – Direito da Regulação (coord. ARAGÃO, Alexandre Santos de), pp. 241-255, Lumen Juris, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa, Agências Reguladoras: A ―Metamorfose‖ do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado). **Revista de Direto da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, Vol. XI – Direito da Regulação (coord. ARAGÃO, Alexandre Santos de), pp. 89-123, Lumen Juris, 2002.
GRAU, Eros Roberto, **O Direito Posto e o Direito Pressuposto***.* São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUERRA, Sergio, Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras** (coord. ARAGÃO, Alexandre Santos de). Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 477-507.

JUSTEN FILHO, Marçal, **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Discricionariedade e Regulação Setorial – O caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulador Setorial. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras** (coord. ARAGÃO, Alexandre Santos de). Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 569-604.

MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, **Agências Reguladoras**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

TÁCITO, Caio, As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar. **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**, Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 507-510.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena, Agências Reguladoras. **Direito Administrativo em Debate**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 179-216.

_____. As Agências Reguladoras e os Princípios Constitucionais. **Direito Administrativo em Debate – 2ª Série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 39-57.

_____. Agências Reguladoras (Transcrição de Palestra no Ciclo de Estudos Desenvolvido pela SUSEP, sob Coordenação de seu Procurador-Geral, Dr. Moacyr Lanha Filho). **Direito Administrativo em Debate – 2ª Série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 59-79.

_____. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ALMEIDA, Bruno Costa de. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, fevereiro/março/abril, 2014. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-BRUNO-ALMEIDA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.